



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Das Grundrecht auf Selbstbestimmung bei Personen mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten

Kley, Andreas ; Zaugg, Helena

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-101537>
Book Section

Originally published at:

Kley, Andreas; Zaugg, Helena (2014). Das Grundrecht auf Selbstbestimmung bei Personen mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten. In: Petermann, Frank T. Urteilsfähigkeit: Referate der Tagung vom 31. Oktober in Zürich. St. Gallen: Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 165-203.

Das Grundrecht auf Selbstbestimmung bei Personen mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten

Andreas Kley/Helena Zaugg*

Inhaltsübersicht

1.	Problem.....	166
2.	Begriffsdefinitionen.....	168
2.1	Selbstbestimmung	168
2.2	Autonomie.....	170
3.	Menschenwürde als Auffanggrundrecht und Kerngehalt von Grundrechten.....	172
4.	Das Grundrecht auf persönliche Freiheit.....	175
5.	Selbstbestimmung und Urteilsfähigkeit.....	185
6.	Zwischenergebnisse	190
7.	Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts.....	191
7.1	Schutzbedarf der betroffenen Person.....	193
7.2	Öffentliche Interessen	197
7.3	Schutzbedarf von Dritten	200
8.	Ergebnisse	202

* Stand von Literatur und Rechtsprechung: Ende 2012.

1. Problem

«Il ne suffit donc pas que la liberté individuelle garantisse le droit d'aller et de venir et l'intégrité corporelle. Il faut aussi qu'elle protège l'homme contre les atteintes qui tendraient, par un moyen quelconque, à restreindre ou supprimer la faculté, qui lui est propre, d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation.»¹

In seinem grundlegenden Entscheid hat das Bundesgericht 1964 klargestellt, dass nicht nur die körperliche Unversehrtheit und die Bewegungsfreiheit verfassungsrechtlichen Schutz geniessen. Auch die Fähigkeit, eine Situation einzuschätzen und seine Handlungen und sein Verhalten nach dieser Einschätzung auszurichten, stellt einen Teilgehalt² der persönlichen Freiheit dar. Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht mehrfach bestätigt und die Lehre hat sie anerkannt³.

Dem Menschen wohnt die Fähigkeit inne, über seine persönlichen Belange selber zu bestimmen. Daraus folgt als Prinzip des – privat- oder öffentlich-rechtlichen⁴ – Persönlichkeitsschutzes sodann, dass «fremdbestimmte Eingriffe in die geschützten Rechtsgüter verboten und die Verfügung darüber allein ihrem Inhaber vorzubehalten»⁵ sind. Voraussetzung für die Verfügungskompetenz ist allerdings, dass der Inhaber⁶ der geschützten Rechtsgü-

¹ BGE 90 I 29 E. 3a, 36.

² Dazu nachfolgend Pt. 4.

³ BGE 101 Ia 336 E. 7a, 346; BGE 114 Ia 350 E. 6, 358 f.; BGE 125 I 257 E. 3b, 260 f.; BGE 126 I 112 E. 3a, 114 f.; BGE 127 I 6 E. 5a, 10 ff. m.w.H.; BGE 133 I 58 E. 6.1, 66 f.; MÜLLER/SCHEFER, 138 ff.; KIENER/KÄLIN, 128 ff.; SCHEFER, 29 ff.; SCHWEIZER SG-Kommentar, N 5 ff. zu Art. 10 BV; BIAGGINI, BV-Kommentar, N 16 ff. zu Art. 10; Petit commentaire MAHON, N 2 zu Art. 10; BAUMANN, 160, vermerkt, dass sich das Bundesgericht in diesem Entscheid nur auf die Willens- und Entscheidungsfreiheit beziehe, aber die Handlungsfreiheit sei nicht mitgemeint.

⁴ BGE 117 Ib 197 E. 2c, 201.

⁵ BGE 117 Ib 197 E. 2c, 201.

⁶ Um die Lesbarkeit zu erleichtern, werden in diesem Aufsatz die männliche und die weibliche Form unregelmässig abwechselnd verwendet.

ter im Besitz der erforderlichen Fähigkeiten ist⁷. Denn verfügt er nicht über diese Fähigkeiten, ist er zwar Grundrechtsträger⁸, vermag aber sein Leben nicht rechtswirksam selber zu bestimmen⁹.

Beim vorliegenden Thema handelt es sich bei der Grundrechtsträgerin um eine Person mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten. Das geschützte Rechtsgut ist das Selbstbestimmungsrecht, welches im Grundrecht der persönlichen Freiheit zu verorten ist. Nun sind es aber gerade geistige Fähigkeiten¹⁰ – welche ihrerseits ein Teilgehalt der persönlichen Freiheit darstellen – die das Selbstbestimmungsrecht determinieren. Hierbei handelt es sich um die Fähigkeiten, einen Willen zu bilden und nach diesem Willen zu handeln¹¹. Es liegt somit eine zirkuläre Situation vor. Das Recht auf Selbstbestimmung wird geschützt, aber der Person mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten mangelt es gerade an dessen Voraussetzungen. Muss aufgrund dieser zirkulären Anordnung das Grundrecht auf Selbstbestimmung bei Menschen mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten deshalb als inexistent abgeschrieben werden? Oder stünde ihm die Existenz eines Kerngehaltes des Selbstbestimmungsrechts entgegen?

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, welche Fähigkeiten notwendigerweise zur Selbstbestimmung des Menschen gehören. Dies führt zu einem differenzierteren Verständnis der «Personen mit eingeschränkten

⁷ Vgl. Art. 12 i.V.m. 16 ZGB; so auch SCHEFER, 474.

⁸ KIENER/KÄLIN, 127; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 369: «Auf die persönliche Freiheit können sich alle natürlichen Personen [...] berufen»; zum gefährdenden Personenbegriff vgl. KLEY, 301-347, 334 ff.

⁹ Vgl. Art. 18 ZGB.

¹⁰ Vermehrt wird aufgrund von Erkenntnissen der Neurowissenschaften, namentlich der Hirnforschung und der experimentellen Psychologie, auch die Bedeutung von Emotionen für die Selbstbestimmungsfähigkeit diskutiert, vgl. DAMASIO; ROTH; CHARLAND, 359-376; auch das Bundesgericht bezieht den Gemütszustand als affektives Element der Urteilsfähigkeit gelegentlich bei, vgl. BGer, Urteil 5P.39/2004 und 5P.40/2004 vom 6. Oktober 2004 E. 6; BGer, Urteil 5A_748/2008 vom 16. März 2009 E. 3.2; vgl. auch GUTZWILLER, Substanz, 1228 ff.

¹¹ Vgl. nachfolgend Pt. 5.

geistigen Fähigkeiten». Die anschliessende Darstellung der Rechtsgrundlagen und ihre Rückbindung an grundlegende Normen und Werte in unserer Gesellschaft soll aufzeigen, ob Menschen mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten (k)ein Recht auf ein wie immer geartetes, *selbstbestimmtes* Leben haben.

2. Begriffsdefinitionen

2.1 Selbstbestimmung

Umgangssprachlich stellt die Selbstbestimmung das Gegenteil der Fremdbestimmung dar. Mit dem Begriff verbunden ist die Vorstellung, Entscheidungen über sich selbst zu fällen und damit sein auf sich selbst bezogenes Handeln zu bestimmen¹². Obwohl der Begriff bereits seit den griechischen Denkern sachlich vorhanden war und über die Zeit von verschiedenen Philosophen aufgegriffen und erweitert wurde¹³, erlangte er seine philosophische Bedeutung vor allem durch IMMANUEL KANT¹⁴.

Die dem eigenen Willen zugrunde liegende Kraft ist gemäss KANT die Begierde, weshalb der private Wille oft nicht mit dem Willen als allgemeine Regel übereinstimmt. Ein vernünftiger Mensch gebraucht seine Handlungsfreiheit aber nur so, dass der innere Wille sich mit dem äusseren, dem sich in konkreten Handlungen manifestierenden Willen deckt. Vernunft und Wille verbinden sich zu einer selbstgesetzgebenden Gewalt, die KANT «Autonomie» nennt¹⁵.

¹² WAHRIG, 1146 Sp. 1; vgl. zum Begriff ausführlich VAN SPYK, 27 ff.

¹³ GERHARDT, 335-346, 337 ff.: So verlangte Platon, dass der Mensch nicht Diener, sondern Herr seiner Handlungen sein soll «um sein Leben ‚mit Einsicht‘ führen zu können», 337; auch PICO DELLA MIRANDOLA postulierte, dass der Mensch sich frei zu der von ihm selbst gewollten Form entwickeln solle, 339; vgl. auch SCHEFER, 97 ff.; STRATENWERTH, 9 ff.

¹⁴ GERHARDT, 335.

¹⁵ Vgl. GERHARDT, 335 f.

Die Formel «nach der Leitung der Vernunft zu handeln und zu leben»¹⁶ soll alles abdecken, was je zum Ziel der Selbstbestimmung gesagt worden ist¹⁷. Ziel ist demnach nicht, seiner Freiheit schrankenlos Ausdruck zu geben, sondern vernünftig zu handeln. Das würde bedeuten, dass Selbstbestimmung und Autonomie weitgehend identische Begriffe sind¹⁸. Diese weitgehende Gleichsetzung findet sich auch im englischsprachigen Raum. Dort wird Autonomie häufig im Sinne einer «ability to chose how to live one's life» gebraucht¹⁹. Wörtlich genommen stimmt diese Gleichsetzung nicht ganz. Autonomie setzt sich zusammen aus den griechischen Begriffen *autos*, selbst und *nomos*, Gesetz, was als Selbstgesetzgebung zu übersetzen ist²⁰. Es soll aber gerade auch «eine der zentralen Einsichten» KANTS gewesen sein, «dass nicht alles, wodurch der Mensch sich selbst *bestimmen* kann, die Form eines (allgemeinen und notwendigen) Gesetzes hat»²¹. Nach dieser Auffassung gibt es somit «Inseln» der Selbstbestimmung, die nicht dem kategorischen Imperativ unterworfen sind²². Das will aber nicht heissen, dass der Mensch sich selbst gegenüber²³ und im Verhältnis zu anderen Menschen sich seiner Freiheit schrankenlos bedienen darf²⁴. Auch MILL begrenzt die Freiheit des Individuums. Die Ausübung der Freiheit sollte nicht Rechte Dritter verletzen; auch sich selbst gegenüber versteht er die Freiheit nicht unbegrenzt,

¹⁶ DE SPINOZA, zit. durch GERHARDT, 340.

¹⁷ GERHARDT, 340.

¹⁸ Vgl. dazu nachfolgend Pt. 2.2.

¹⁹ SINGER, 65.

²⁰ Vgl. dazu gleich anschliessend das unter 0. Gesagte.

²¹ HEINRICHS, 195 Fn 25, m.w.H.

²² Vgl. dazu nachfolgend Pt. 2.2.

²³ Vgl. beispielsweise KANT, Metaphysik, 422: «Die Selbstentleibung ist ein Verbrechen (Mord)».

²⁴ KANT, Metaphysik, 237 f.; vgl. dazu auch STRATENWERTH, 35 f.

indem er feststellt, dass «it is not freedom, to be allowed to alienate his freedom»²⁵.

Selbstbestimmung kann auch dahingehend verstanden werden, dass nicht das Selbst aus sich heraus das praktische Vernunftgesetz entwickelt, sondern dass ihm dieses vorgegeben wird²⁶. In dieser Ausprägung kommt der Begriff in der modernen Pädagogik zum Ausdruck. Durch Erziehung sollen die Menschen zur Selbstbestimmung befähigt werden.

2.2 Autonomie

Autonomie stellte für die Griechen eine zentrale politische Kategorie dar, war im Mittelalter unbekannt und ihre umfassende Bedeutung heute ist auf KANT zurückzuführen. Der Begriff erfährt jedoch verschiedene Prägungen durch Politologie, Soziologie und Psychologie²⁷.

Als Privatautonomie erlangte der Begriff in der Rechtswissenschaft Bedeutung als Rechtsquelle²⁸. Später wurde Autonomie differenzierter aus einer staatsrechtlichen und einer privatrechtlichen Sicht wahrgenommen. Insbesondere Kelsen betonte, dass eine Selbstbestimmung der Individuen nur im Privatrecht Platz greifen könne und auch dort nur insoweit, als sie sich innerhalb des Rahmens bewege, der ihr durch das objektive Recht vorgegeben sei²⁹.

Die «Lehre von der Selbstgesetzgebung der theoretischen Vernunft»³⁰ stellt die Voraussetzung der praktischen Vernunft dar. Sie besagt, dass alle unsere Erkenntnisse auf sinnlicher Erfahrung beruhen. Gemäss KANT erkennen wir

²⁵ MILL, 157 f.

²⁶ Cohen, zit. durch GERHARDT, 343.

²⁷ Vgl. BIELEFELDT, 311 f.; POHLMANN, 701 f.

²⁸ PUCHTA beschrieb Autonomie als «das, gewissen der Staatsgewalt unterworfenen Personen, also ihnen als Einzelnen, zustehende Recht, durch Privatdispositionen wirkliche Rechtssätze hervorzubringen», zit. durch POHLMANN, 704.

²⁹ POHLMANN, 705 f.

³⁰ POHLMANN, 708.

die Gegenstände jedoch nicht als «Dinge an sich», sondern nehmen sie durch ihre Phänomene wahr. Wir gelangen also nicht direkt zu den Dingen, sondern wir interpretieren die Phänomene, so dass die Dinge letztlich eine Gedankenkonstruktion unsererseits darstellen. Metaphysik ist somit eine Wissenschaft «von den Grenzen unserer Vernunft»³¹. Die Vernunftkenntnis kann nun unseren Willen und das praktische Verhalten beeinflussen.

Das oberste Prinzip der Sittlichkeit stellt die Autonomie des Willens dar. Darunter versteht KANT «die Beschaffenheit des Willens, dadurch derselbe ihm selbst (unabhängig von aller Beschaffenheit der Gegenstände des Willens) ein Gesetz ist. Das Prinzip der Autonomie ist also: nicht anders zu wählen als so, dass die Maximen seiner Wahl in demselben Willen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen seien»³². Die Universalisierbarkeit der Regeln stellt somit das moralische Kriterium dar; alle Menschen würden sich diesen Regeln unterwerfen, eingeschlossen der Schöpfer und Anwender der Regeln³³. Moralische Tugenden und Werte sind dem Willen demnach nicht vorgegeben, sondern sie werden erst durch den sittlichen Willen konstituiert³⁴. Der Grundsatz des Willens ist gleichzeitig nur gut, wenn er durch die Vernunft bestimmt ist³⁵. Deshalb formuliert KANT die Handlungsanweisung in einer seiner fünf Formulierungen des kategorischen Imperativs wie folgt: «Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als auch in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchst»³⁶. Dabei ist es wichtig festzuhalten, dass KANT nicht etwa die Handlungen zu einem ethischen Satz verallgemeinern will. Viel-

³¹ Vgl. SPLETT, 83.

³² KANT, Grundlegung, zit. durch POHLMANN, 708.

³³ KANT, Grundlegung, 431: «Der Wille wird also nicht lediglich dem Gesetze unterworfen, sondern so unterworfen, dass er auch als selbstgesetzgebend und eben um deswillen allererst dem Gesetze (davon er selbst sich als Urheber betrachten kann) unterworfen angesehen werden muss».

³⁴ BIELEFELDT, 312.

³⁵ SPLETT, 84.

³⁶ KANT, Grundlegung, 429; KLEY, 324; BIELEFELDT, 313.

mehr geht es ihm um die Maxime des Handelns und das bedeutet eine beabsichtigte Handlungsweise, die über eine bloss einmalige Verwendung hinausgeht. Es ist diese, die sich der Reflexion des kategorischen Imperativs unterwerfen muss³⁷. Man darf den kantischen Ansatz etwas vereinfachen und sagen, dass das zentrale Charakteristikum der Autonomie demnach nicht die Universalität ist, sondern die Reflexionsfähigkeit des Individuums. «Autonom sein bedeutet, eine reflexiv-kritische Haltung zu unseren spontanen individuellen Wünschen und Begehren einzunehmen»³⁸.

Das *Recht* auf Selbstbestimmung ist daher zwingend auf die Autonomie angewiesen und letztere ist ein notwendiger Bestandteil der Selbstbestimmung. Daher schützt die Autonomie als moralisches Prinzip die menschlichen Fähigkeiten³⁹, das Leben selbständig und nach eigenen Vorstellungen und Überzeugungen zu gestalten, sofern durch die Handlungen nicht die Freiheit anderer verletzt wird⁴⁰.

3. Menschenwürde als Auffanggrundrecht und Kerngehalt von Grundrechten

Völkerrechtliche Entsprechung⁴¹ findet die in Art. 7 BV⁴² verankerte Menschenwürde⁴³ in den Art. 3 EMRK⁴⁴, Art. 7 und 10 UNO-Pakt II⁴⁵, Art. 13

³⁷ MILITZER 70, erkennt diesen grundlegenden Zusammenhang bei KANT zwischen Handlung, Maxime und dem reflexiven Prüfkriterium des kategorischen Imperativs.

³⁸ PAUER-STUDER zit. durch MILITZER, Fn 11.

³⁹ Vgl. dazu nachfolgend Pt. 5.

⁴⁰ RIPPE/SCHWARZENEGGER/BOSSHARD/KIESEWETTER, 59.

⁴¹ Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff., 139.

⁴² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

⁴³ Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung RÜTSCHKE, 7 ff.

⁴⁴ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. In Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101 (EMRK).

⁴⁵ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte. In Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.2 (UNO-Pakt II).

UNO-Pakt I⁴⁶ und Art. 23, 37 und 40 KRK⁴⁷. Sie gilt als Auffanggrundrecht, «bildet als innerster Kern zugleich die Grundlage der Freiheitsrechte und dient daher zu deren Auslegung und Konkretisierung»⁴⁸. Als Individualrecht schützt sie dort, wo kein anderes Grundrecht zur Anwendung gelangen kann, mithin also dort, wo eine Lücke im Grundrechtskatalog besteht⁴⁹. In dieser Eigenschaft beschränkt sich die Anwendung auf die zentralsten Aspekte der menschlichen Existenz. Insgesamt entfaltet sie aber in der gesamten Rechtsordnung inhaltliche Wirkung⁵⁰. Die Menschenwürde schützt also die zentralsten Aspekte der menschlichen Existenz und erhebt gleichzeitig einen umfassenden Geltungsanspruch. In der Konsequenz stellt sie daher die materielle Verfassungsgrundlage der Grundrechts-Kerngehalte dar⁵¹.

Inhaltlich weist die Menschenwürde eine Vielfalt von Erscheinungsformen auf und entzieht sich einer konkreten Beschreibung. Letztlich stellt sie das «nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen»⁵² dar⁵³. Das Bundesgericht stellte fest, dass die Menschenwürde «einen besonders engen Zusammenhang mit dem zentralen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz»⁵⁴ aufweist. Zu diesem gehören auch die Mitwirkungsrechte bei behördlichen Verfahren und Entscheiden⁵⁵.

⁴⁶ Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. In Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992, SR 0.103.1 (UNO-Pakt I).

⁴⁷ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes. In Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997, SR 0.107 (KRK).

⁴⁸ BGE 127 I 6 E. 5b, 14.

⁴⁹ Vgl. MASTRONARDI SG-Kommentar, N 30 zu Art. 7 BV.

⁵⁰ BGE 113 Ia 309, E. 3d, 314; KLEY, 332.

⁵¹ Vgl. SCHEFER, 20 f.

⁵² BGE 127 I 6 E. 5b, 14.

⁵³ Vgl. eingehend dazu MÜLLER/SCHEFER, 1 ff.

⁵⁴ BGE 127 I 6 E. 5b, 15.

⁵⁵ BIAGGINI, N 17 zu Art. 29 BV.

Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob die urteilsunfähigen Menschen Träger der Menschenwürde sein können. Folgt man der Argumentation, dass die Fähigkeit, autonome Entscheidungen zu treffen die Würde des Menschen begründet, da diese ihm einen Wert geben, der ihn von den übrigen Lebewesen unterscheidet⁵⁶, ergibt sich eine Lücke im Menschenwürdeschutz von urteilsunfähigen Menschen. Auch das Argument, dass Art. 7 BV das Bedürfnis des Menschen auf Achtung und Anerkennung schützt, vermag nicht ganz zu befriedigen⁵⁷. Zwar sind damit auch urteilsunfähige Personen als Träger der Menschenwürde erfasst, aber nicht alle: Babys und schwerstbehinderte Menschen, die solchen Bedürfnissen (noch) keinen gezielten Ausdruck geben können, beziehungsweise von denen wir nicht wissen können, ob sie diese Bedürfnisse auch haben, bleiben weiterhin ausgeschlossen.

Die Menschenwürde kommt jedem menschlichen Wesen zu; sie setzt keine bestimmten Eigenschaften oder Fähigkeiten voraus. Sie ist sozusagen der Kerngehalt eines jeden Grundrechts. Die schweizerische Bundesverfassung enthält hier allerdings einen groben Fehler. Der Grundrechtskatalog verwendet an vielen Stellen den Ausdruck «Person». Er kommt zwar nicht im Art. 10 BV über die persönliche Freiheit, wohl aber im verwandten Art. 13 BV zum Schutz der Privatsphäre vor. Eine Person setzt bestimmte Fähigkeiten voraus, ansonsten ist sie keine Person. Das ergibt sich aus der Etymologie sowie aus der politischen Ideengeschichte⁵⁸.

Einen rechtlichen Ausweg aus dem Dilemma bietet die Verbindung der Menschenwürde mit weiteren völker- und verfassungsrechtlichen Garantien, da es «im Rahmen der verfassungsrechtlichen Garantie der Menschenwürde [...] um Kategorien des Rechts [geht]»⁵⁹. In Kombination mit Art. 16

⁵⁶ Vgl. KANT, *Grundlegung*, 436: «Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen und jeder vernünftigen Natur».

⁵⁷ Vgl. zur Argumentation der Menschenwürde als subjektives Grundrecht und objektives Verfassungsprinzip RÜTSCHKE, 20 ff.

⁵⁸ Siehe im Einzelnen mit Nachweisen KLEY, 334 f.

⁵⁹ SCHEFER, 23.

UNO Pakt II⁶⁰, der jedermann und überall die Rechtsfähigkeit zugesteht, und Art. 8 BV ist durch Art. 7 BV zunächst die Gleichheit menschlicher Würde gewährleistet⁶¹. Als weitere Teilgehalte weist die Menschenwürde den Schutz vor körperlicher Grausamkeit sowie den Schutz vor psychischer Demütigung auf⁶², womit sich zusammen mit Art. 10 Abs. 3 BV ein doppelter Schutz ergibt.

4. Das Grundrecht auf persönliche Freiheit

Grundsätzlich schützen alle Grundrechte die Persönlichkeit, so beispielsweise die Niederlassungsfreiheit, die Verfahrensrechte im Falle eines Freiheitsentzugs⁶³ oder der Schutz von Kindern und Jugendlichen⁶⁴. Am Stärksten ist der Schutz der Persönlichkeit verfassungsrechtlich durch das Recht auf persönliche Freiheit und den Schutz der Privatsphäre⁶⁵ gewährleistet. Ähnliche Garantien finden sich in der Europäischen Menschenrechtskonvention, in UNO-Pakt II⁶⁶ und in der Kinderrechtskonvention (KRK)⁶⁷. Als Auffanggrundrecht ist zudem die Menschenwürde⁶⁸ «Kern und Anknüpfungspunkt anderer Grundrechte, umreißt den Gehalt dieser Rechte und bietet eine Richtschnur für deren Auslegung und Konkretisierung»⁶⁹.

⁶⁰ Art. 16 UNO-Pakt II: «Jedermann hat das Recht, überall als rechtsfähig anerkannt zu werden».

⁶¹ Vgl. ausführlich zur Rechtsfähigkeit: SCHEFER, 471 ff.

⁶² SCHEFER, 29 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 1 f.

⁶³ Vgl. BIAGGINI BV-Kommentar, N 17 zu Art. 10 BV; SCHWEIZER SG-Kommentar, N 5 ff. zu Art. 10 BV; KIENER/KÄLIN, 145; KLEY, 322.

⁶⁴ Vgl. Art. 11 BV.

⁶⁵ Vgl. Art. 10 Abs. 2 und 13 Abs. 1 BV.

⁶⁶ Art. 2 f., 5 und 8 EMRK, Art. 6, 12 und 17 UNO-Pakt II; vgl. SCHWEIZER SG-Kommentar, N 5 ff. zu Art. 10 BV.

⁶⁷ Vgl. insbesondere Art. 3, 12, 19 und 29 KRK.

⁶⁸ Art. 7 BV; vgl. Pt. 3.

⁶⁹ BBl 1997 I 140.

Hinsichtlich der freiheitlichen Lebensgestaltung können sich Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 13 Abs. 1 BV ergeben⁷⁰. Als grundlegendes Freiheitsrecht stellt aber Art. 10 Abs. 2 BV «die Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit dar»⁷¹.

Bei Art. 10 Abs. 2 BV handelt es sich um «die traditionellen Elemente der persönlichen Freiheit, die vom Bundesgericht seit 1963 als ungeschriebenes, unverjährbares und unverzichtbares Verfassungsrecht anerkannt [werden]»⁷². Zwar sind die Unverjährbarkeit und Unverzichtbarkeit primär als prozessuale Rechte zu verstehen⁷³, doch können sie nicht ohne die ihnen «zugrundeliegenden materiell-rechtlichen Probleme»⁷⁴ betrachtet werden. Erst die inhaltliche Relevanz, welche durch einen gesellschaftlichen Konsens getragen ist⁷⁵, rechtfertigt demnach, ein Grundrecht als unverjährbar und unverzichtbar zu qualifizieren. Das Bundesgericht bezeichnet nicht das Grundrecht als Ganzes als unverzichtbar, sondern nur dessen «fundamentale[n] Aspekte der Persönlichkeit oder der Menschenwürde»⁷⁶, worunter die Kerngehalte der betroffenen Grundrechte verstanden werden können⁷⁷.

⁷⁰ KIENER/KÄLIN, 162.

⁷¹ BGE 127 I 6 E. 5a, 12; 133 I 77 E. 3.2, 80 f.; vgl. zur Abgrenzung bezüglich der Garantie auf selbstbestimmte Persönlichkeitsentfaltung MÜLLER/SCHEFER, 138 f.; SCHEFER, 447.

⁷² BBl 1997 I 1, 147 m.w.H.; zur Entwicklung und zum Stand der Diskussion der unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte vgl. SCHEFER, 365 ff.

⁷³ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1945 f.: Die Theorie, wonach ein Numerus Clausus von unverjährbaren und unverzichtbaren Grundrechten bestehen soll, hat das Bundesgericht in BGE 118 Ia 209 fallen gelassen. Nach wie vor können aber «*besonders schwerwiegende Grundrechtsverletzungen* [...] noch im Vollzugsstadium geltend gemacht werden»; BIAGGINI BV-Kommentar, N 7 zu Art. 10 BV.

⁷⁴ SCHEFER, 369; vgl. auch die Präzisierungen in BGE 118 Ia 209 E. 2c, 213 f.

⁷⁵ Vgl. BGE 118 Ia 427 E. 6a, 437; KIENER, 274: «Als verbindliche Grundordnung spiegelt die Verfassung auch den Konsens über jene kulturelle Werte, die der Gesellschaft zugrunde liegen und die sie in der längeren Dimension stabilisieren».

⁷⁶ Grundlegend BGE 118 Ia 209 E. 2c, 214.

⁷⁷ SCHEFER, 367.

Zum vorliegenden Thema stellt sich deshalb die zentrale Frage, worin der Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts besteht⁷⁸.

Art. 10 Abs. 2 BV nennt als Teilgehalte der persönlichen Freiheit explizit die körperliche und die geistige Unversehrtheit sowie die *Bewegungsfreiheit*. Letztere gibt dem Einzelnen das Recht, sich nach seinem Willen fortzubewegen und sich grundsätzlich dort aufzuhalten, wo es ihm beliebt⁷⁹. Das Selbstbestimmungsrecht zeigt sich in diesem Teilgehalt der persönlichen Freiheit somit in der Wahlfreiheit des Einzelnen, über Art, Zeit und Umfang seiner körperlichen Fortbewegung selber zu entscheiden. Allerdings ist dieses Belieben nicht schrankenlos. Unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV kann die Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden⁸⁰.

Teilgehalt von Art. 10 Abs. 2 BV ist auch das Recht des Einzelnen, über seine *körperliche Integrität* selber bestimmen zu dürfen. «Der grundrechtliche Schutz des menschlichen Körpers ist umfassend»⁸¹. Jeder Mensch hat ein Recht auf den eigenen Tod⁸², ebenso ist es ihm grundsätzlich unbenommen, in Körperverletzungen einzuwilligen⁸³. Relevant ist letzteres bei medizinischen Eingriffen⁸⁴, die – selbst wenn sie Heilcharakter aufweisen – ohne Einwilligung widerrechtlich sind⁸⁵. Denn nicht der Zweck des Eingriffs, son-

⁷⁸ Dazu nachfolgend in fine.

⁷⁹ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, 82 f.; SCHWEIZER SG-Kommentar, N 23 zu Art. 10 BV; BIAGGINI BV-Kommentar, N 19 zu Art. 10.

⁸⁰ So ist ein Rayonverbot zum Schutz vor Gewaltausübung gegenüber der Beschwerdegegnerin zulässig, BGE 134 I 140 E. 6.3, 152; die tägliche telefonische Meldung vom Festnetzanschluss seiner Wohnung zwischen 10:00 und 13:00 zwecks Verhinderung von Kollusionshandlungen schränkt die Bewegungsfreiheit des Klägers aber unverhältnismässig ein, BGE 137 IV 122 E. 6.4, 133; vgl. auch die Beispiele bei MÜLLER/SCHEFER, 84 ff.; KIENER/KÄLIN, 136 ff.; BIAGGINI BV-Kommentar, N 19 zu Art. 10 BV.

⁸¹ KIENER/KÄLIN, 130.

⁸² BGE 133 I 58 E. 6.2.1, 67.

⁸³ BGE 131 IV 1 E. 3.1, 7 f.; 134 IV 149 E. 4.2, 151 f.

⁸⁴ «Das Selbstbestimmungsrecht der Einzelnen nimmt in der jüngeren gesundheitsrechtlichen Diskussion eine sehr prominente Stellung ein», GÄCHTER/VOLLENWEIDER, N 155.

⁸⁵ BGE 124 IV 258 E. 2, 260 f.; BGE 99 IV 208 E. 4, 211; TAG, Strafrecht, 677.

dern die selbstbestimmte Entscheidung des Einzelnen ist ausschlaggebend dafür, ob der medizinische Eingriff rechtmässig ist oder nicht⁸⁶. Gesetzliche Grundlagen für die Einwilligung finden sich in Art. 5-9 Oviedo-Konvention⁸⁷, welches als Kernübereinkommen für das Medizinrecht bezeichnet werden kann⁸⁸, sowie im kantonalen öffentlichen Recht⁸⁹. Auch über seine körperliche Integrität kann der Einzelne nicht schrankenlos bestimmen⁹⁰. Einschränkungen sind allerdings nur zulässig, wenn sie den Anforderungen von Art. 36 BV standhalten. Dabei bestimmt die Eingriffsintensität die Anforderungen an die Normstufe und Normdichte der gesetzlichen Grundlage⁹¹. Auf Verfassungs- und Gesetzesstufe sind etwa die Unentgeltlichkeit

⁸⁶ BGE 124 IV 258 E. 2, 260 f.; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, N 535 f.; KIENER/KÄLIN, 131; vgl. zur umstrittenen Qualifikation des Heileingriffs als Körperverletzung BGE 99 IV 208 E. 3 S. 210; 117 Ib 197 E. 2c, 201; BaK-StGB II ROTH, N 22 zu Vor Art. 122 StGB; TAG, Strafrecht, 679 ff.

⁸⁷ Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, auch Oviedo-Konvention genannt). In Kraft getreten für die Schweiz am 1. November 2008, SR 0.810.2, ETS Nr. 164; vgl. Botschaft vom 12. September 2001 betreffend das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, Oviedo-Konvention) und das Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen, BBl 2002 271 ff., 286: Der Bundesrat geht davon aus, dass Art. 5-9 der Oviedo-Konvention hinreichend bestimmt und klar und daher von den rechtsanwendenden Behörden direkt anwendbar sind.

⁸⁸ Vgl. Explanatory Report on the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS 164, Nr. 7, <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/164.htm>>; Oviedo-Konvention, BBl 2002 281.

⁸⁹ Vgl. exemplarisch § 20 Patientinnen und Patientengesetz ZH vom 01.01.2005 (813.13); § 42 Gesundheitsgesetz BL vom 1.7.1974 (901); Art. 40 Gesundheitsgesetz BE vom 01.01.1985 (811.01); Art. 48 Gesundheitsgesetz FR vom 16. November 1999 (821.0.1); Art. 22 Gesundheitsgesetz VS vom 01.12.1996 (800.1).

⁹⁰ Vgl. statt Vieler BGE 127 I 6 E. 5a, 11 m.w.H.; vgl. auch die Nachweise in Fn 105.

⁹¹ Vgl. MÜLLER/SCHÉFER, 71; KIENER/KÄLIN, 132; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 370.

der Organspende und der Handel mit Organen verboten⁹². Ziel dieser Regelungen ist, den missbräuchlichen Umgang zu verhindern⁹³ und damit Menschenwürde, Persönlichkeit und Gesundheit des Einzelnen zu schützen⁹⁴. Im Entscheid zur Zwangsernährung eines Häftlings im Hungerstreik befand das Bundesgericht unter Anwendung der polizeilichen Generalklausel, dass dieser Eingriff in die körperliche Integrität als nicht unerheblich zu betrachten sei⁹⁵. Unter würdigen Bedingungen und lege artis durchgeführt, sei sie im vorliegenden Fall aber verhältnismässig⁹⁶. Auf diesen Entscheid wird zurückzukommen sein, da nebst dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, seiner Meinung durch einen Hungerstreik Ausdruck zu verleihen, auch dasjenige über Art und Zeitpunkt seines Todes zu bestimmen, berührt ist⁹⁷.

Der Inhalt der *geistigen Unversehrtheit* ist auf den ersten Blick nicht ganz klar⁹⁸. Der Bundesrat und mit ihm die Mehrheit der Autoren scheinen darunter insbesondere die psychische Integrität zu verstehen⁹⁹, andere legen den Schwerpunkt auf die Betonung der unbeeinflussten Wahrnehmung und Entscheidungsfähigkeit des Einzelnen. Letzteres beschlägt das Selbstbestimmungsrecht, das durch die geistige Unversehrtheit als konkretisiert erscheinen mag¹⁰⁰. Die Unklarheit hat vermutlich verschiedene Ursachen. Sie kann

⁹² Vgl. Art. 119a BV; Art. 1 Abs. 3, 6 und 7 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz); SR 810.21.

⁹³ BBl 2002 29 ff., 132 f.

⁹⁴ BBl 2009 8045 ff., 8100.

⁹⁵ BGE 136 III 97 E. 6.3, 113.

⁹⁶ BGE 136 III 97 E. 6.3.3, 116; vgl. zu den Anforderungen an die Verhältnismässigkeit eines Eingriffs BGE 133 I 58 E. 6.1, 66; 124 I 40 E. 3a, 42.

⁹⁷ Vgl. Pt. 7.2.

⁹⁸ BAUMANN, 251 ff., konkretisiert den Gehalt der geistigen Integrität.

⁹⁹ Vgl. BBl 1997 I 1, 148; BIAGGINI, N 21 zu Art. 10 BV; SCHWEIZER SG-Kommentar, N 18 zu Art. 10 BV; MÜLLER/SCHEFER, 73 ff.; RHINOW/SCHEFER, N 1283 ff.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 339 ff.

¹⁰⁰ Vgl. KIENER/KÄLIN, 133; für BAUMANN, 255 f. ist nur die Willens- und Entscheidungsfreiheit vom Teilgehalt der geistigen Freiheit erfasst; VAN SPYK, 33 f., versteht das Selbstbestimmungsrecht als eigenständigen Teilgehalt von Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK;

aus der Tatsache resultieren, dass Geisteskrankheit und Geistesschwäche Rechtsbegriffe sind, die in der Medizin so heute keine Entsprechung mehr finden¹⁰¹. Weiter ist zu bemerken, dass der Unterschied zwischen Psyche und Geist nur schwer auszumachen ist. Auch bezeichnen Fühlen und Denken nicht das Gleiche. Wenn indes die Vorstellung besteht, dass diejenige Person, die etwas erreichen will, dies auch erreichen kann, dann scheint der Schutz der entsprechenden kognitiven Fähigkeiten ausreichend zu sein, um die psychische Integrität zu schützen. Freilich genügt es nicht, bloss die kognitiven Fähigkeiten zu schützen, vielmehr gehören auch die geistigen und psychische Komponenten zum Schutzbereich der persönlichen Freiheit. Schliesslich ist nicht klar, ob die vielgestaltige Figur der «elementaren Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung» als Teilgehalt der explizit genannten Integritätsrechte, oder als eigenständiger, ungeschriebener Gehalt der persönlichen Freiheit zu verstehen ist¹⁰². Denn die Aufzählung der Teilgehalte in Art. 10 Abs. 2 BV ist nicht abschliessend zu verstehen, ist ihnen doch das Wort «insbesondere» vorangestellt. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass daher auch unter der neuen Verfassungsbestimmung weitere Bereiche bestehen und garantiert sind. Es seien deshalb «all jene Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen und ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit erlauben»¹⁰³, weiterhin

ähnlich auch SCHWEIZER SG-Kommentar, N 25 ff. zu Art. 10 BV, für den sich das Selbstbestimmungsrecht in der persönlichen Entfaltung des Menschen manifestiert.

¹⁰¹ Vgl. PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Rz 41 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch die geänderten Begriffe im Rahmen der Überarbeitung des Zivilgesetzbuches in Pt. 5; die Medizin selbst bekundet ebenfalls Schwierigkeiten, den gesundheitlichen Störungen und Beschwerden, denen mit den anerkannten, zum biomedizinischen Krankheitsverständnis gehörigen Diagnosemethoden kein Strukturdefekt nachzuweisen ist, einen Namen zu geben und sie zu verstehen, vgl. statt vieler SCHENKEL, 25-38; ENGEL, 129-136; BOORSE, 542-573; LANZERATH, 213 m.w.H.

¹⁰² BAUMANN, 43 ff. untersucht die unter der alten Bundesverfassung ergangenen Zuordnungen der «elementaren Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung» und ordnet sie den einzelnen Grundrechten des neu formulierten Grundrechtskataloges der Verfassung von 1999 zu. Es verbleiben nur noch drei, möglicherweise vier elementare Freiheiten der Persönlichkeitsentfaltung, vgl. 61 f.

¹⁰³ BGE 127 I 6 E. 5a, 12: «Zum andern kommt mit der Formulierung, dass «insbesondere» ein Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit einge-

von Art. 10 Abs. 2 BV erfasst. Diese tautologisch anmutende Formulierung enthält einerseits als *objektiviertes Kriterium*, dass nur wichtige (elementare) Aspekte der individuellen Lebensführung geschützt sind¹⁰⁴. Konsequenterweise stellt das Recht auf persönliche Freiheit denn auch «keine allgemeine Handlungsfreiheit dar und schützt nicht vor jeglichem physischen und psychischen Missbehagen»¹⁰⁵. Deshalb kann beispielsweise eine minimale Bekleidung im öffentlichen Raum vorgeschrieben werden¹⁰⁶. Andererseits beinhaltet die Formulierung als *subjektiviertes Kriterium*, dass sich die betroffene Person zu einem Mindestmass persönlich entfalten können soll¹⁰⁷. Da kein Katalog konsultiert werden kann, der für unseren Rechtsraum die «wichtigen Aspekte individueller Lebensführung» auflistet, welche die Entfaltung der Persönlichkeit in einem Mindestmass ermöglichen, ist im Einzelfall zu bestimmen, was als «elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung» zu gelten hat¹⁰⁸.

räumt wird, zum Ausdruck, dass über diese ausdrücklich genannten Verbürgungen hinaus weitere Bereiche bestehen und garantiert werden. Die persönliche Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV stellt daher eine Grundgarantie zum Schutze der Persönlichkeit dar. Sie umfasst weiterhin auch all jene Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen und ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit erlauben. Was im Einzelnen dazugezählt werden kann, ist im Einzelfall unter Auslegung und Fortbildung des Verfassungstextes zu entscheiden».

¹⁰⁴ Sinngemäss MÜLLER/SCHEFER, 138.

¹⁰⁵ «Cette garantie n'englobe toutefois pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme, si peu importante soit-elle; elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine», BGE 114 Ia 286 E. 6a, 290; vgl. auch BGE 134 I 209 E. 2.3.1, 211; BGE 133 I 110 E. 5.2, 119; BGE 132 I 49 E. 5.2, 56; BGE 138 IV 13 E. 7.1, 25 f.; MÜLLER/SCHEFER, 141 m.w.H.; SCHWEIZER SG-Kommentar, N 25 zu Art. 10 BV.

¹⁰⁶ BGE 138 IV 13 E. 7.2, 26: Wenn sich ein Wanderer im Intimbereich bekleiden muss, ist sein Recht auf individuelle Lebensgestaltung höchstens geringfügig eingeschränkt.

¹⁰⁷ Das Bundesgericht hat beispielsweise den Kinderwunsch als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung beurteilt, vgl. BGE 119 Ia 460 E. 5a, 474.

¹⁰⁸ Vgl. die reichhaltige Aufzählung in BGE 133 I 110 E. 5.2.1, 119 f. Das Bundesgericht gelangt zum Schluss, dass «Le caractère disparate de cette casuistique fait ressortir que la portée de la liberté personnelle ne peut pas être définie de manière générale, mais doit bien plutôt être précisée de cas en cas, en tenant compte non seulement des buts de la liberté et de l'intensité de l'atteinte qui y est portée, mais également de la personnalité de

So gesehen stellt die elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung also den im Einzelfall zu beurteilenden Lebenssachverhalt dar. Ob dieser vom Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV erfasst wird, beurteilt sich nach dem objektivierten Kriterium. Geprüft wird, ob in der Rechtsgemeinschaft Konsens darüber besteht, dass dieser Lebenssachverhalt grundlegend wichtig ist. Ob der Eingriff das Grundrecht auf persönliche Freiheit verletzt, ist nach den Kriterien des Art. 36 BV zu beurteilen. Geprüft wird, ob der Betroffene sich ohne diese freiheitliche Lebensgestaltung nicht in einem Mindestmass weiter entwickeln kann.

Unklar bleibt bei dieser Konzeptualisierung weiterhin, ob der Lebenssachverhalt einem der in Art. 10 Abs. 2 BV explizit genannten Teilgehalte zuzuordnen sei¹⁰⁹, oder ob er einen eigenständigen, ungeschriebenen Teilgehalt darstellt¹¹⁰. Das Bundesgericht scheint in seiner Rechtsprechung nach Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung eher von einem eigenständigen Teilgehalt auszugehen, wobei die Nähe zwischen der elementaren Persönlichkeitsentfaltung und der Menschenwürde in den beurteilten Sachverhalten auffällt¹¹¹. Daher könnte das «Recht auf Entfaltung und Entwicklung der Persönlichkeit [...] ebenso gut aus der Menschenwürde (Art. 7 BV) abgeleitet werden»¹¹². Dies hätte allerdings zur Folge, dass die Menschenwürde einen

ses destinataires» BGE 133 I 110 E. 5.2.2, 120; vgl. die Kritik zu dieser Rechtsprechung bei BAUMANN, 47.

¹⁰⁹ Dieser Auffassung scheint Petit commentaire MAHON, N 14 ff. zu Art. 10 BV zu sein, indem er sämtliche aufgeführte Bundesgerichtsentscheide einem dieser Teilgehalte zuordnet. Nicht ohne darauf hinzuweisen, dass mehrere, der psychischen Integrität zugeordnete Entscheide Lebenssachverhalte betreffen, die dem Schutzbereich von Art. 13 zuzurechnen wären, Petit commentaire MAHON, N 16 zu Art. 10 BV; vgl. dazu auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 339; BAUMANN in Fn 102.

¹¹⁰ BAUMANN, 43 ff. bezeichnet das «Recht auf Persönlichkeitsentfaltung» als subsidiären Teilgehalt von Art. 10 Abs. 2 BV; das entspricht auch der Darstellung von KIENER/KÄLIN, 128 f., 133. Sie fügen einen Teilgehalt «Persönliche Freiheit im engeren Sinn» an und weisen darauf hin, dass das Recht auf freie Willensbetätigung nicht dasselbe sei wie das Recht auf geistige Unversehrtheit.

¹¹¹ Vgl. die Formulierung in BGE 127 I 6 (vgl. Fn 103); BGE 128 II 259 E. 3.2, 268; 131 V 9 E. 3.5.3, 18; 132 I 49 E. 5.2, 56; 138 IV 13 E. 7.1, 25; vgl. auch BIAGGINI BV-Kommentar, N 22 zu Art. 10 BV.

¹¹² BAUMANN, 45.

subjektiv-rechtlichen Gehalt aufweist, der die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung schützt¹¹³. Das würde dem restriktiv verstandenen individuellen Menschenwürdeschutz widersprechen¹¹⁴.

Das Selbstbestimmungsrecht in Art. 10 Abs. 2 BV weist in einem gewissen Sinne eine Doppelnatur auf, was sich anschaulich in den bundesgerichtlichen Entscheiden zur Zwangsmedikation manifestiert¹¹⁵. Die geistigen *Fähigkeiten zur Selbstbestimmung* – auch die emotionalen, wenn man sie als wesentlich für die Willensbildung betrachtet – sind vom Teilgehalt der geistigen Unversehrtheit erfasst¹¹⁶. Gleichzeitig ist die *Willensbetätigung* – die ihrerseits das Handlungsmoment der Selbstbestimmungsfähigkeit darstellt¹¹⁷ – dann vom Schutzbereich des Art. 10 Abs. 2 BV erfasst, wenn es sich beim konkret zu beurteilenden Lebenssachverhalt um ein explizit geschütztes Rechtsgut oder um eine elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung handelt¹¹⁸. Die Selbstbestimmungsfähigkeiten insgesamt sind damit als elementare Voraussetzungen für die (freiheitliche) Lebensgestaltung zu betrachten. Das Selbstbestimmungsrecht kann deshalb als zentrales Element des Persönlichkeitsschutzes bezeichnet werden.

Art. 12 KRK sichert Kindern das Recht zu, ihre Meinung in allen sie berührenden Angelegenheiten zu äussern. Auch Art. 6 Abs. 2 und 3 Biomedizinkonvention (BMK) sieht vor, dass einwilligungsunfähige Kinder und Erwachsene ihren Selbstbestimmungsfähigkeiten entsprechend in das Einwil-

¹¹³ So auch BAUMANN, 88.

¹¹⁴ Vgl. Fn 49.

¹¹⁵ Vgl. Pt. 7.1.

¹¹⁶ Vgl. BGE 109 Ia 273 E. 7, 289 f. «In gleicher Weise ist der Einsatz von Lügendetektoren, der Narko-analyse oder von Wahrheitsseren als Methode der Wahrheitsermittlung verfassungsrechtlich unzulässig [...]. Dem Betroffenen würden dadurch gegen seinen Willen oder unter Umgehung seines Willens Aussagen entlockt, oder seine Willensbildung würde überhaupt ausgeschaltet [...]. Solche Methoden greifen in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit ein und dürfen daher im Rechtsstaat auch in Ausnahmefällen zu dessen Selbstverteidigung nicht eingesetzt werden».; so ausdrücklich auch BAUMANN, 158 ff.

¹¹⁷ Vgl. dazu Pt. 5.

¹¹⁸ Vgl. Pt. 2.

ligungsverfahren bei medizinischen Interventionen einzubeziehen sind. Diese Mitspracherechte müssen den Selbstbestimmungsfähigkeiten des Einzelnen angepasst sein. In Verbindung mit Art. 7, 8 Abs. 2 und 11 BV sowie Art. 12 KRK und Art. 6 Abs. 2 und 3 BMK kann deshalb für urteilsunfähige Menschen gefolgert werden, dass ihre Mitspracherechte ebenfalls vom Grundrechtsschutz auf Selbstbestimmung – in Art. 10 Abs. 2 BV verankert – erfasst sind. Auch diese Mitspracherechte können, ja müssen in einzelnen Fällen sogar – zu denken ist etwa an medizinische Notfallsituationen – eingeschränkt werden. Deshalb könnten sie keinen Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts darstellen.

Wie dargelegt gebietet die Menschenwürde, dass jedem Menschen Rechtsfähigkeit zusteht¹¹⁹, somit kann als *Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts* die Rechtsträgerschaft gelten. Einen hohen Schutz geniessen auch die Fähigkeiten zur Selbstbestimmung¹²⁰. Die Beeinflussung dieser Fähigkeiten mit der Absicht, den autonomen Willen des Betroffenen zu umgehen oder zu manipulieren, würde den Betroffenen im Kern seiner Persönlichkeit treffen, indem er seines eigenen Willens beraubt werden würde¹²¹. Die absichtsvolle Beeinflussung dieser Fähigkeiten durch den Staat (oder durch Dritte) mit dem Ziel, ihn seines eigenen autonomen Willens zu berauben, hätte daher eine entwürdigende und erniedrigende Wirkung. Als Kerngehalt kann man die Selbstbestimmungsfähigkeiten dennoch nicht bezeichnen. Sie stellen nicht «Aspekte menschlicher Existenz [dar], die für den Einzelnen von derart zentraler Bedeutung sind, dass ihm unter keinen Umständen zugemutet werden darf, sie aufzugeben»¹²². Dieses Kriterium erfüllt sich erst durch die eingesetzten Mittel sowie die Art und Weise der Beeinflussung der Selbstbestimmungsfähigkeiten.

¹¹⁹ Vgl. Pt. 3.

¹²⁰ Vgl. zu den einzelnen Fähigkeiten Pt. 5.

¹²¹ Vgl. Fn 116.

¹²² SCHEFER, 5.

5. Selbstbestimmung und Urteilsfähigkeit

Zwar ist jedermann rechtsfähig, allerdings kommen ihm – beziehungsweise ihr – gemäss Art. 11 ZGB nur Rechte und Pflichten in den Schranken der Rechtsordnung zu¹²³. Diese Bestimmung stellt zwingendes Recht dar und gilt im Rahmen des Internationalen Privatrechts als schweizerischer Ordre Public¹²⁴. Die mangelnde Urteilsfähigkeit stellt eine solche Schranke dar, denn der Betroffene «vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtlichen Wirkungen herbeizuführen»¹²⁵. An seiner Stelle kann eine Stellvertreterin handeln und seine Rechte wahrnehmen¹²⁶. Wo es sich aber um höchstpersönliche Rechte handelt, ist eine Vertretung nicht mehr zulässig¹²⁷. BUCHER folgert deshalb, dass eine urteilsunfähige Person bezüglich dieser Rechte nicht rechtsfähig ist und man daher von unechten höchstpersönlichen Rechten sprechen könnte¹²⁸. Wie die Ausführungen zur Menschenwürde gezeigt haben, kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden¹²⁹. In diesem Fall können die Rechte weder von der urteilsunfähigen Person, noch von ihrer Vertreterin ausgeübt werden¹³⁰. Trägerin des Rechts bleibt die urteilsunfähige Person aber weiterhin.

Urteilsfähigkeit erfordert einerseits als *intellektuelle* Komponente die Fähigkeit, Sinn, Nutzen und Auswirkungen einer Handlung einzuschätzen. Notwendig sind somit eine Erkenntnis- und eine Wertungsfähigkeit. Voraussetzung für die Entfaltung dieser Fähigkeit ist, dass die betroffene Person ausreichend Informationen in einer für sie verständlichen Sprache erhält, damit

¹²³ Vgl. Art. 11 Abs. 1 und 2 ZGB.

¹²⁴ HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, N 584.

¹²⁵ Vgl. Art. 18 ZGB.

¹²⁶ Vgl. BUCHER, N 164 f.; WIDMER BLUM, 49 ff.

¹²⁷ Persönlichkeitsrechte sind ideeller Natur, vgl. HAAS, N 25 m.w.H.

¹²⁸ BUCHER, N 165 i.V. N 31; gemäss HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 02.06 bildet die Rechtsfähigkeit «die Voraussetzung dafür, dass eine Person Rechtsträger sein kann».

¹²⁹ Vgl. dazu Pt. 3.

¹³⁰ Vgl. BGE 117 II 6 E. 1b, 7 f.; BRÜCKNER, N 31; GEISSENDÖRFER, 60.

sie den Sinn, die Zweckmässigkeit und die Wirkungen einer bestimmten Handlung verstehen kann¹³¹. Zweitens ist als Handlungskomponente ein *Willens-* oder *Charakterelement* notwendig. Dieses umfasst die Fähigkeit, nach der gewonnen Einsicht zu handeln. Erforderlich ist dabei insbesondere auch emotionale Festigkeit, da der Wille einer möglichen Beeinflussung von aussen standzuhalten hat¹³². Sind diese Fähigkeiten nicht vorhanden, ist die betreffende Person bezüglich der zu beurteilenden Handlung urteilsunfähig¹³³. Diese Kompetenzen sind es, die eine Person dazu befähigen, autonome – das heisst vernünftige – Entscheide zu fällen; erst aufgrund dieser Fähigkeiten kann eine Person das *Recht* auf Selbstbestimmung selber ausüben.

Vernunftgemäss handelt eine Person demnach nur, wenn sie «*Sinn und Nutzen sowie die Wirkungen eines bestimmten Verhaltens einsehen und abwägen*»¹³⁴ kann. Zudem muss sie aufgrund dieser Reflexion – und insbesondere nicht aufgrund von Fremdbeeinflussung – eine Entscheidung für die konkrete Situation fällen können. Die Urteilsfähigkeit ist somit *relativ* zu einer bestimmten Situation zu verstehen¹³⁵. Dies ist eine logische Folge der Lebenserfahrung. Nicht alle Situationen stellen gleich hohe Anforderungen an intellektuelle und Handlungsfähigkeiten. Am Kiosk einen Kaugummi kaufen, oder sich für eine aus medizinischen Gründen nicht notwendige (Schönheits-)Operation zu entscheiden, stellt unterschiedliche Anforderungen an die für die Urteilsfähigkeit notwendigen kognitiven und praktischen Entscheidungskompetenzen.

¹³¹ Vgl. statt vieler BGE 124 III 5 E. 1a, 7 f.; BGE 134 II 235 E. 4.3.2, 239; BGer, Urteil 5A_748/2008 vom 16. März 2009 E. 3.1; RIPPE/SCHWARZENEGGER/BOSSHARD/KIESEWETTER, 59 f.

¹³² Vgl. ausführlich dazu PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Rz 55 ff.; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 06.24; BUCHER, N 60 f.; RIPPE/SCHWARZENEGGER/BOSSHARD/KIESEWETTER, 59; BaK-ZGB I BIGLER-EGGENBERGER, N 10 zu Art. 16 ZGB.

¹³³ Vgl. PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Rz 59; WIDMER BLUM, 32 ff.; HAAS, 89 ff., m.w.H.

¹³⁴ BaK-ZGB I BIGLER-EGGENBERGER, N 3 zu Art. 16 ZGB.

¹³⁵ Vgl. BUCHER, N 69 ff.; BaK ZGB I BIGLER-EGGENBERGER, N 34 ff. zu Art. 16 ZGB.

Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung wird die Urteilsfähigkeit vermutet. Bei Kindern und bei volljährigen Personen kann sich diese Vermutung ins Gegenteil verkehren. Nach der Formulierung des bis Ende Dezember 2012 gültigen Art. 16 ZGB war ein Mensch *vermutungsweise* nicht urteilsfähig bei «Kindesalter», «Geisteskrankheit», «Geistesschwäche» sowie bei «Trunkenheit»¹³⁶. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend zu verstehen, sondern weitere «ähnliche Zustände» können ebenfalls zur Urteilsunfähigkeit führen¹³⁷. Im Rahmen der Überarbeitung des Zivilgesetzbuches¹³⁸ ist diese Aufzählung mit teilweise weniger stigmatisierenden, aber umfassenderen Begriffen ersetzt worden¹³⁹. Geisteskrankheit ist nunmehr in Art. 16 ZGB durch «geistige Behinderung», Geistesschwäche durch «psychische Störung» und Trunkenheit durch «Rausch» ersetzt. Die Befürchtung, dass die zur Urteilsunfähigkeit führenden Zustände mit diesen umfassenderen Begriffen ausgeweitet werden könnten, scheint berechtigt zu sein. Dass damit die Beurteilung der Fälle erschwert werden kann, ist demnach folgerichtig¹⁴⁰. Jedenfalls müssen die Zustände unter Anwendung von Art. 1 ZGB im Einzelfall bestimmt werden¹⁴¹.

Für den Bereich der politischen Urteilsfähigkeit besteht eine Anomalie fort: Art. 136 BV verwendet, sozusagen in Zitierung der alten ZGB-Bestimmungen weiterhin die Begriffe der Geisteskrankheit und der Geistesschwäche. Der Bundesgesetzgeber war deshalb genötigt, den Art. 136 BV durch eine Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte umzuinterpretie-

¹³⁶ Vgl. BaK ZGB I BIGLER-EGGENBERGER, N 4 zu Art. 16 ZGB; BUCHER, N 31.

¹³⁷ Vgl. für Beispiele BUCHER, N 67.

¹³⁸ Änderung Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 19. Dezember 2008 (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, AS 2011 725 ff., 755). Die Änderungen sind per 1. Januar 2013 in Kraft getreten.

¹³⁹ BBl 2006 7001 ff., 7043; vgl. dazu Art. 16 ZGB (vorgehend Fn 138) «Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln».

¹⁴⁰ BUCHER, N 65.

¹⁴¹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 06.22.

ren: «Als vom Stimmrecht ausgeschlossene Entmündigte im Sinne von Artikel 136 Absatz 1 der Bundesverfassung gelten Personen, die wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden»¹⁴². Diese Bestimmung ist deshalb hervorzuheben, weil mit dieser Regelung, die betreffenden Personen das Stimmrecht nicht besitzen. Die Lösung, dass die vertretungsberechtigte Person das politische Stimmrecht ausüben dürfte, wollte man aus naheliegenden Gründen nicht in Betracht ziehen¹⁴³. Bemerkenswert ist auch, dass man mit der Verleihung des politischen Stimmrechts ab 18 Jahren eine ansonsten eher unübliche starre Schranke eingerichtet hat. Die politischen Rechte folgen hier einem andern Denkmuster.

Zu beachten ist in allen nichtpolitischen Materien, dass auch bei Vorhandensein dieser Zustände nicht a priori von Urteilsunfähigkeit ausgegangen werden kann, sondern nur eine entsprechende Vermutung besteht¹⁴⁴. Derjenige der die Urteilsunfähigkeit einer Person – welche die in Art. 16 ZGB genannten Zustände aufweist – bezogen auf eine bestimmte Handlung behauptet, hat diese folglich zu beweisen. Das Beweismass ist dabei ebenfalls relativ zu betrachten¹⁴⁵. Allgemein dürfte es in der Regel hoch sein; bezogen auf die Feststellung der Urteilsfähigkeit einer verstorbenen Person ist es auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt und bei Vorliegen eines offenkundigen Zustandes aus Art. 16 ZGB erfolgt eine Beweislastumkehr¹⁴⁶. Zu denken wäre hierbei etwa an die Einwilligungsfähigkeit in einen nicht unbedingt notwendigen, aber Risiken bergenden medizinischen Eingriff an Kleinkindern. Auch volljährige Personen, die sich aufgrund einer geistigen Behinderung auf der Entwicklungsstufe eines Kleinkindes befinden, sowie

¹⁴² Vgl. die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 2 BPR, AS 2011, 725 ff., 769.

¹⁴³ Im Einzelnen: KLEY SG-Kommentar, N 8 f. zu Art. 136 BV.

¹⁴⁴ Vgl. BaK-ZGB I BIGLER-EGGENBERGER, N 5 zu Art. 16 ZGB m.w.H.

¹⁴⁵ Beispielhaft BGE 134 III 5 E. 1a, 8; BGE 134 II 235 E. 4.3.2, 239 f.

¹⁴⁶ Vgl. BGE 124 III 5 E. 1b, 8 f.; BaK ZGB I BIGLER-EGGENBERGER, N 48 zu Art. 16 ZGB m.w.H.

Menschen mit andauerndem, längerfristigem geistigem Abbau verfügen vermutlich nicht über die notwendigen Einwilligungskompetenzen¹⁴⁷.

Aus grundrechtlicher Sicht ist die Perspektive des «halbvollen Glases Selbstbestimmungsfähigkeit» – im Gegensatz zum «halbleeren Glas Selbstbestimmungsfähigkeit» – wichtig. Die in Art. 16 ZGB aufgeführten Zustände stellen zwar ein mögliches Indiz dafür dar, dass die Urteilsfähigkeit allenfalls fehlen könnte und die betroffene Person ihr Selbstbestimmungsrecht daher nicht selbständig ausüben darf. Ob es sich aber tatsächlich auch so verhält, darf nicht leichthin angenommen, sondern muss im Einzelfall substantiiert bewiesen werden. Die Beweislastumkehr sollte nur restriktiv gehandhabt werden. Diese Vorgehensweise ermöglicht es, auf die Fixierung eines konkreten Alters für Kinder und Jugendliche zu verzichten¹⁴⁸; auch muss für volljährige Personen nicht abstrakt auf Krankheiten, Krankheitssymptome oder Ähnliches abgestellt werden. Die Vorgehensweise trägt auch dem hohen Stellenwert Rechnung, den das Selbstbestimmungsrecht in unserer Gesellschaft genießt. Dass dies so ist, drückt sich beispielsweise auch in der neueren Gesetzgebung aus. Die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts stellte eines der Ziele der Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches dar¹⁴⁹. Dass dieses Revisionsanliegen speziell Menschen betrifft, deren Alter, Gesundheits- oder anderer Zustand sie an der Schwelle zwischen Urteilsfähigkeit und Urteilsunfähigkeit befindend vermuten lassen, muss aus grundrechtlicher Sicht selbstverständlich sein.

¹⁴⁷ Vgl. sinngemäss Urteil 5A_436/2011 vom 12. April 2012 E. 5.2.2; BGE 134 II 235 E. 4.3.3., 240 f. m.w.H.

¹⁴⁸ BGE 134 II 235 E. 4.3.2, 240: «Cette approche concrète empêche de fixer des limites d'âge absolues pour évaluer la capacité de discernement des patients mineurs».

¹⁴⁹ Vgl. BBl 2006 7002.

6. Zwischenergebnisse

Autonomie stellt auf einer grundsätzlichen Ebene die Voraussetzung dafür dar, dass Menschen das Recht auf Selbstbestimmung zukommt. Die Autonomie schützt die menschlichen Fähigkeiten, das Leben selbständig und nach eigenen Vorstellungen und Überzeugungen zu gestalten, sofern durch die Handlungen nicht die Freiheit anderer verletzt wird¹⁵⁰. KANTS Konzept der Autonomie kann der verfassungsrechtlichen Gewährleistung aber nur in beschränktem Masse zugrunde gelegt werden, weil nicht alle Menschen im rechtlichen Sinne vernünftige, zur Selbstbestimmung fähige Wesen sind. Mit anderen Worten: würde man das Selbstbestimmungsrecht bloss im Sinne KANTS verstehen, könnten urteilsunfähige Menschen ihr Selbstbestimmungsrecht im Rahmen ihrer Fähigkeiten nie ausüben¹⁵¹.

Aus Art. 7 und 8 BV in Verbindung mit Art. 16 UNO Pakt II folgt, dass urteilsunfähige Menschen rechtsfähig sind. Sie sind deshalb unabhängig von ihrer relativen Entscheidungsfähigkeit – und damit auch der tatsächlichen Fähigkeit zur Selbstbestimmung – Träger des Selbstbestimmungsrechts¹⁵². Diese Rechtsträgerschaft stellt den Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts dar. Das ist zwar ein in seinem Umfang geringer Bereich eines Kerngehalts, aber er ist von grösster Bedeutung und darf nie unterschritten werden. Es mutet vor dem Hintergrund dieser Aussage allerdings merkwürdig an, dass bei fehlender politischer Urteilsfähigkeit das politische Stimmrecht aberkannt wird.

Wenn es einem Menschen aufgrund seines Kindesalters, einer Krankheit oder Behinderung an der Reflexionsfähigkeit mangelt, um ein selbstbestimmtes Leben zu führen, kann er trotzdem über einzelne Selbstbestimmungsfähigkeiten – oder Anteile davon – verfügen. Dann entfaltet die Autonomie als Respekt gegenüber diesen Menschen ebenfalls Wirkung. Eine Folge davon ist, dass sie an Entscheidungsprozessen ihren Fähigkeiten ent-

¹⁵⁰ RIPPE/SCHWARZENEGGER/BOSSHARD/KIESEWETTER, 59; vgl. auch Pt. 2.

¹⁵¹ Vgl. SCHEFER, 24.

¹⁵² Vgl. sinngemäss BRÜCKNER, N 31; GEISSENDÖRFER, 60; vgl. auch Pt. 3.

sprechend mitwirken sollen¹⁵³. Eine andere, dass sie vor Leiden und Missbrauch geschützt werden müssen¹⁵⁴. Die Mitsprache- und Vetorechte von urteilsunfähigen Menschen sind daher vom Schutzbereich der persönlichen Freiheit, genauer vom Recht auf Selbstbestimmung, erfasst.

Aufgrund der weitgehenden praktischen Auswirkungen betrifft eine zentrale und hier nicht vertieft behandelte Frage die Feststellung der Urteilsfähigkeit. Nach welchen Kriterien wird festgestellt, ob die Fähigkeiten zur Selbstbestimmung vorhanden oder nicht vorhanden sind¹⁵⁵? Und nach welchen Kriterien werden Grenzfälle beurteilt, also beispielsweise Jugendliche oder alte Menschen, deren geistige Fähigkeiten sich in Entwicklung beziehungsweise im Abbau befinden? Hinsichtlich des hohen Stellenwerts, den das Selbstbestimmungsrecht in unserer Gesellschaft heute genießt, ist es jedenfalls nur folgerichtig, wenn auch in Grenzfällen zunächst die Vermutung der Urteilsfähigkeit zugrunde gelegt wird.

7. Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts

Freiheitsrechte sind in erster Linie Abwehrrechte. Das trifft in besonderem Masse auch auf das Selbstbestimmungsrecht zu, das als Ausfluss der persönlichen Freiheit zu den klassischen Freiheitsrechten zu zählen ist¹⁵⁶. Wie oben dargelegt stellt das Recht auf Selbstbestimmung jedoch keinen Kerngehalt der persönlichen Freiheit dar und kann daher unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. «Welche Beschränkungen der fraglichen Grundrechte unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses beziehungsweise des Verhältnismässigkeitsprinzips statthaft sind, ist mit

¹⁵³ BIELEFELDT, 314; vgl. dazu auch Art. 11 BV, Art. 12 KRK, Art. 6 Abs. 2 Oviedo-Konvention.

¹⁵⁴ Vgl. SCHWEIZER SG-Kommentar, N 28 f. zu Art. 10 BV; KIENER/KÄLIN, 140 f.; International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, CIOMS, Geneva 2002, 17.

¹⁵⁵ Vgl. dazu auch GUTZWILLER, 1228 ff.

¹⁵⁶ Vgl. KIENER/KÄLIN, 31 f.

Rücksicht auf die dem Wandel unterworfenene ethische Wertordnung und in Anbetracht der sich verändernden Sozialverhältnisse zu beurteilen»¹⁵⁷.

Die öffentlichen Interessen lassen sich im Wesentlichen aus den Sachaufgaben des Bundes gewinnen¹⁵⁸, welche unter anderem in polizeilichen¹⁵⁹ und sozialpolitischen Interessen Ausdruck finden¹⁶⁰. Rechtlich massgebende öffentliche Interessen finden sich in Normen des Verfassungs-, Privat-, Straf- und Verwaltungsrechts¹⁶¹. Nicht einwilligen kann jemand zum Beispiel in die Entnahme lebenswichtiger Organe, dies verbietet das Recht auf Leben¹⁶². Ein solcher Vertrag wäre inhaltlich sittenwidrig¹⁶³. Ein gemeinsamer Wert in unserer Gesellschaft besteht weiter darin, dass besonders verletzbare Personen durch die Rechtsgemeinschaft des Schutzes bedürfen. Dabei handelt es sich nicht nur um Menschen, denen aufgrund fehlender Fähigkeiten kein Recht auf Selbstbestimmung zukommt. Sie sind vielmehr durch ihre besondere Lebenssituation – zum Beispiel als Strafgefangener – verletzlich¹⁶⁴.

¹⁵⁷ BGE 118 Ia 427 E. 6a, 437.

¹⁵⁸ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 20 N 5.

¹⁵⁹ Öffentliche Ordnung und Sicherheit, öffentliche Gesundheit, öffentliche Ruhe, öffentliche Sittlichkeit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

¹⁶⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2431 ff.

¹⁶¹ Vgl. exemplarisch Art. 108 ff. BV Wohnen, Arbeit, Soziale Sicherheit und Gesundheit; Art. 111 ff. StGB für strafbare Handlungen gegen Leib und Leben; Art. 10 Abs. 2 GUMG für genetische Untersuchungen im medizinischen Bereich; Art. 383 ff. ZGB betreffend die Bewegungseinschränkung bei urteilsunfähigen Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen; Art. 426 ff. ZGB betreffend fürsorgerischer Unterbringung bei Vorliegen einer psychischen Störung, geistiger Behinderung oder Verwahrlosung.

¹⁶² SCHEFER, 435 m.w.H.

¹⁶³ Vgl. dazu sinngemäss BaK-OR I HUGUENIN, N 31 f. zu Art. 19/20 OR.

¹⁶⁴ Art. 21 ff. des Bundesgesetzes über die Forschung am Menschen, BBl 2011 7415 ff. (wird voraussichtlich am 1. Januar 2014 in Kraft gesetzt) bezeichnet im 3. Kapitel als besonders verletzbare Personen Kinder, Jugendliche und urteilsunfähige Erwachsene, schwangere Frauen und Personen im Freiheitsentzug. Sie alle dürfen nur unter bestimmten, im Gesetz festgelegten Bedingungen an Forschungsprojekten teilnehmen.

7.1 Schutzbedarf der betroffenen Person

Der Schutz der öffentlichen Gesundheit verwirklicht sich nicht nur im Schutz einer Vielzahl von Personen, sondern auch im Schutz des einzelnen Menschen¹⁶⁵. So stellte das Bundesgericht in einem Entscheid zur Zwangsmedikation fest, «dass dem Gemeinwesen das Schicksal von kranken Personen nicht gleichgültig sein kann»¹⁶⁶. Das Bundesgericht hatte bereits mehrmals Gelegenheit, sich zur Zulässigkeit der Zwangsmedikation zu äussern¹⁶⁷. Bei diesen Entscheiden war einerseits die gesetzliche Grundlage umstritten, andererseits ging es um die Beurteilung, ob das öffentliche Interesse am Schutz der Gesundheit des Patienten – oder allenfalls der Schutz von Grundrechten Dritter – den Eingriff in seine physische und psychische Integrität rechtfertigte¹⁶⁸. Dabei ist es notwendig, dass die Selbst- oder Fremdgefährdung aufgrund der konkreten Verhältnisse vorliegen muss, eine abstrakte Gefährdung ist nicht ausreichend¹⁶⁹.

In BGE 126 I 112 E. 3b stellte das Bundesgericht fest, dass «die am Beschwerdeführer durchgeführten medizinischen Zwangsmassnahmen, insbesondere die Verabreichung von Psychopharmaka, [...] aufgrund der damit verbundenen starken Veränderung des geistigen und körperlichen Zustands schwere Eingriffe in seine persönliche Freiheit dar[stellen]. Aufgrund ihrer tiefgreifenden Auswirkungen betreffen sie den Kerngehalt dieses Grundrechts [...]. Dieser ist indessen, wie vorliegend, dann nicht verletzt, wenn die Zwangsbehandlung zu Heilzwecken vorgenommen wurde». Diese Formulierung mag im Licht von Art. 36 Abs. 4 BV Stirnrunzeln auslösen. Kernge-

¹⁶⁵ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2444: «Die Grenze zwischen dem Schutz Einzelner vor sich selbst und dem Schutz des Publikums verläuft fliegend, setzt sich dieses doch letztlich aus einer Vielzahl von Einzelpersonen zusammen, die sich gar nicht isoliert denken lassen».

¹⁶⁶ BGE 127 I 6 E. 8, 25.

¹⁶⁷ Jüngstes Beispiel ist das nicht zur Publikation vorgesehene Urteil 5A_353/2012 vom 19. Juni 2012.

¹⁶⁸ Vgl. die Übersicht bei AEMISEGGER/SCHERRER; MÜLLER, 725–755; BUCHER, 764–807.

¹⁶⁹ BGE 130 I 16 E. 5.3, 24; vgl. auch BGer, Urteil 5A_353/2012 vom 19. Juni 2012 E. 4.2 f.

halte sind unantastbar, weshalb sollte man sie also antasten dürfen, nur weil eine Massnahme Heilzwecken dient? Zumal «das Abstellen auf den Heilzweck problematisch ist, weil es im Einzelfall schwierig sein kann, diesen Zweck zu definieren und zu beurteilen»¹⁷⁰. Trotzdem weist diese Formulierung aus Sicht des Selbstbestimmungsrechts auf einen problematischen Punkt hin: Mit der Zwangsverabreichung von Psychopharmaka ist nämlich beabsichtigt, den geistigen Zustand der Patienten zu beeinflussen, mithin also gerade auch ihre Selbstbestimmungsfähigkeiten.

Die Zwangsmedikation scheint ausschliesslich im psychiatrischen Behandlungsverhältnis stattzufinden. Bei den Patienten sind oftmals katatone oder paranoide Schizophrenie, beziehungsweise eine schizophrene Psychose und zusätzlich Polytoxikomanie diagnostiziert¹⁷¹. Sie leiden an Wahnvorstellungen, ihr Verhalten ist bizarr, auffällig und misstrauisch. Sie gefährden sich selber oder stören massiv das gemeinschaftliche Zusammenleben und reagieren teilweise aggressiv auf ihr Umfeld. Es fehlt ihnen an Krankheitseinsicht und insbesondere widersetzen sie sich alle der medikamentösen Therapie. Ob aber medizinisch festgestellt worden ist, dass sie hinsichtlich der medikamentösen Therapie als urteilsunfähig zu betrachten sind, geht aus den Entscheiden des Bundesgerichts nicht immer eindeutig hervor.

Die Zwangsmedikation erfolgt mit Neuroleptika. Diese Medikamente führen aus Sicht der Patienten zu erheblichen Nebenwirkungen. Aus Sicht der behandelnden Ärzte kann diesen jedoch mit weiteren Medikamenten begegnet werden, oder sie werden als nicht schwerwiegend bezeichnet¹⁷². Hier besteht somit eine Diskrepanz zwischen dem Selbsterleben und der Fremdsicht, die man auch als «objektives Wissen» bezeichnen könnte. Eine solche Sichtweise dürfte die Problematik aber eher verschärfen denn entschärfen. Objektiv gesehen kann nur der Erlebende selbst sagen, was er erlebt, wobei auch sein Erleben durch das Krankheitsgeschehen oder weitere Einflussfak-

¹⁷⁰ BGE 117 Ib 197 E. 2c, 201 m.w.H.

¹⁷¹ Vgl. BGE 126 I 112; BGE 127 I 6; BGE 127 IV 154; BGE 130 I 16.

¹⁷² Vgl. BGE 127 I 6 E. 9b, 27 f.; BGE 130 I 16 E. 5.3, 21 f.

toren verzerrt sein mag. Unzweifelhaft ist jedoch, dass das *unmittelbare Erleben* von einem Aussenstehenden nie «objektiv gewusst» werden kann¹⁷³. Auch wenn die Selbstbestimmungsfähigkeiten nicht Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts sind, handelt es sich bei dieser medikamentösen Therapie immer noch um einen schweren Eingriff in das Grundrecht. Das öffentliche Interesse am Gesundheitszustand des Patienten kann den Zwangseingriff in einer Notfallsituation rechtfertigen, «um das Leben des Patienten zu erhalten oder die unmittelbare Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden»¹⁷⁴. Wenn die Zwangsmedikation aber als eigentliche Heilbehandlung – ohne zeitliche Dringlichkeit – verabreicht werden soll, ist sie unzulässig¹⁷⁵. Zulässig kann sie einzig sein, wenn die geistigen Fähigkeiten zur Selbstbestimmung aufgrund der Erkrankung nicht mehr oder zumindest nicht mehr vollständig vorhanden sind, der Patient also hinsichtlich der medikamentösen Therapie urteilsunfähig ist. Das Bundesgericht verfolgt diesen Weg und hat in BGE 127 I 6 aufgrund der Sachverhaltsfeststellungen ausgeführt, dass «aufgrund dieser Beobachtungen geschlossen werden [kann], dass der Beschwerdeführer tatsächlich hinsichtlich der Frage einer medikamentösen Behandlung urteilsunfähig [...] war»¹⁷⁶.

Ob eine Patientin hinsichtlich ihrer Therapiebedürftigkeit noch urteilsfähig ist oder nicht, ist also zentral, die Abklärung, ob Urteilsfähigkeit vorliegt

¹⁷³ Zu Recht ist das Bundesgericht in BGE 130 I E. 5.4, 25 zum Schluss gelangt, dass unter anderem aufgrund fehlender Auseinandersetzung mit den Folgen der Medikation – und möglichen Alternativen zu dieser Behandlung – der Zwangseingriff nicht zu rechtfertigen ist.

¹⁷⁴ BGE 127 I 6 E. 9a, 27; diese Praxis findet nunmehr für fürsorglicherisch untergebrachte Patienten in Art. 435 ZGB eine rechtliche Grundlage. Für eine Behandlung der einwilligungsfähigen Person ohne ihre Einwilligung besteht aber ausserhalb der Notfallsituation nach wie vor keine gesetzliche Grundlage, vgl. Art. 434 ZGB. Damit geht der Schutz des Selbstbestimmungsrechts einer psychisch kranken Person über Art. 7 der Oviedo-Konvention hinaus, was aufgrund von Art. 27 der Oviedo-Konvention problemlos möglich ist.

¹⁷⁵ Vgl. BGE 127 I 6 E. 9a, 26 und E. 9c, 28; BGE 130 I 16 E. 5.3, 21.

¹⁷⁶ BGE 127 I 6 E. 7b dd, 22 in fine; vgl. Auch BGE 130 I 16 E. 4.2, 19; dass eine relative Urteilsunfähigkeit gegeben sein muss für eine Behandlung gegen den Willen eines Patienten mit psychischen Störungen findet in Art. 434 Abs. 1 ZGB eine gesetzliche Grundlage.

somit ein zwingendes Erfordernis. Denn «das Vorliegen einer Geisteskrankheit [hat] nicht zwangsläufig Urteilsunfähigkeit zur Folge [...], sondern [ist] mit der konkret zu beurteilenden Handlung in Beziehung zu setzen»¹⁷⁷. Untersuchungen zeigen beispielsweise, dass demente Patienten verglichen mit depressiven und schizophrenen Patienten, in ihrer Einwilligungsfähigkeit deutlich stärker eingeschränkt sind. Es muss also eine Beurteilung im Einzelfall stattfinden. Allerdings geht aus den Untersuchungen zur Einwilligungsfähigkeit auch hervor, dass in der klinischen Beurteilung in der Regel eher auf Urteilsfähigkeit erkannt wird, als dies unter Verwendung der objektiven Testverfahren resultiert. Gegenüber diesen wird auch kritisiert, dass den kognitiven Funktionen zu grosses Gewicht zukommt. Der Einbezug von emotionalen, sozial-kontextspezifischen und biographischen Parametern könnte die Resultate verändern. Diese werden bei der klinischen Beurteilung möglicherweise berücksichtigt¹⁷⁸.

Eine andere Situation bezüglich der Urteilsfähigkeit präsentiert sich in BGE 134 II 235. Das Bundesgericht schützte gestützt auf Art. 12 Abs. 1 KRK und das kantonale Gesundheitsgesetz, unter Hinweis auf Art. 6 BMK – das Abkommen war zu diesem Zeitpunkt von der Schweiz noch nicht ratifiziert – die Selbstbestimmungsfähigkeit einer 13 Jahre und 2 Monate alten Jugendlichen. Sie hatte sich bei einem Sturz in der Gymnastikstunde am Steissbein verletzt. Die konsultierte Ärztin stellte zwei alternative Behandlungen zur Auswahl: Entweder nichts tun und die Zeit heilen lassen, oder mittels einer rektalen Manipulation das Steissbein wieder in seine ursprüngliche Position bringen. Auf Wunsch der Mutter vereinbarte die Ärztin einen Termin bei einem Osteopathen, der diesen Eingriff unter Anwesenheit der Mutter vornahm. Die Tochter widersetzte sich dem Eingriff von Beginn an und auch nach ausführlicher Information und Aufklärung über den Eingriff. Der Osteopath verabreichte ihr ein Beruhigungsmittel und räumte ihr einen Moment zum Nachdenken ein. Auch nach dieser Zeit erklärte die Patientin, sie wolle sich dem Eingriff nicht unterziehen, worauf der Osteopath insis-

¹⁷⁷ BGE 127 I 6 E. 7b aa, 20.

¹⁷⁸ VOLLMANN/BAUER/DANKER-HOPFE/HELMCHEN, 73-86, 81 ff.

tierte und sie die Intervention unter Weinen und Schreien «maman, je ne veux pas» über sich ergehen liess.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sich die Patientin in einem Übergangsalter zwischen Kind und Erwachsener befinde. Unter Berücksichtigung der Schwere des Eingriffs und den möglichen Folgen wenn er unterlassen wird, konnte die Vorinstanz davon ausgehen, dass die jugendliche Patientin urteilsfähig war. Der Osteopath durfte sich nicht auf die Einwilligung der Mutter stützen und das Verhalten der Jugendlichen nicht so interpretieren, dass dieses nur aus ihrer Angst und dem Schmerz resultierte¹⁷⁹.

7.2 Öffentliche Interessen

Im vieldiskutierten Entscheid zum Hungerstreik des Gefangenen Bernard Rappaz¹⁸⁰ hat das Bundesgericht unter Anwendung der polizeilichen Generalklausel entschieden, dass sich ein Gefangener nicht in jedem Fall freiwillig zu Tode hungern darf¹⁸¹. Bernard Rappaz hatte eine mehrjährige Haftstrafe abzusitzen. Sobald er sie angetreten hatte, begann er mit einem Hungerstreik. Während eines Haftunterbruchs beendete er diesen, um ihn nach dem erneuten Haftantritt wieder zu beginnen. Er stellte gestützt auf Art. 92 StGB¹⁸² ein weiteres Gesuch um Haftunterbruch aus medizinischen Gründen und richtete ein Begnadigungsgesuch an den Grossen Rat des Kantons Wallis. Beides wurde ihm nicht gewährt und er zog den Fall ans Bundesgericht

¹⁷⁹ BGE 134 II 235 E. 4.3.3. ff., 240 ff.

¹⁸⁰ Vgl. TAG, Hungerstreik, 23-69; GRAVIER/WOLFF/SPRUMONT/RICOU/KIND et al., 1521-1525; SPRUMONT; MÜLLER/JENNI, 284-288; KRÄHENMANN/SCHWEIZER/TSCHUMI.

¹⁸¹ BGE 136 IV 97 E. 6.3.3, 116: «Un intérêt public important commande l'exécution ininterrompue des condamnations pénales. (...) Pour la crédibilité de la justice pénale, il importe aussi de maintenir l'égalité dans la répression. Les menaces de sanction pénale contenues dans les lois ne seraient plus aussi dissuasives et l'équité des sanctions pénales serait remise en cause, si les autorités d'exécution se mettaient à accorder des interruptions à certains détenus pour la seule raison qu'ils se sont montrés très déterminés dans leur refus de subir leur peine».

¹⁸² Art. 92 StGB «Der Vollzug von Strafen und Massnahmen darf aus wichtigen Gründen unterbrochen werden».

weiter. Da sein Gesundheitszustand mittlerweile angegriffen war, beschloss die zuständige Regierungsrätin, den Strafvollzug während der Litispendenz unter ständiger Überwachung durch Sicherheitspersonal bei Bernard Rappaz zu Hause durchzuführen¹⁸³. Dort unterbrach er seinen Hungerstreik wieder. Brisant war, dass Bernard Rappaz «eine Erklärung [verfasste], dass er eine künstliche Ernährung ablehne, sollte er ins Koma fallen»¹⁸⁴. Er hinterlegte also eine Patientenverfügung, die seinen freien Willen festhielt¹⁸⁵.

Das Bundesgericht setzte sich eingehend mit der Frage auseinander, ob die gesundheitliche Verfassung des Gefangenen ein «wichtiger Grund» im Sinne von Art. 92 StGB sei. Es stellte fest, dass es sich um einen wichtigen Grund handle, es aber im Ermessen der Vollzugsbehörde liege, ob ihm vorliegend Folge zu leisten sei¹⁸⁶. Wenn keine Gewährleistung bestünde, dass dem Gefangenen die notwendige Pflege und Behandlung im Vollzug zukommen könnte, wäre dies nicht mit Art. 92 StGB zu vereinbaren. Die Behandlung auf einer Krankenstation für Gefangene sei aber möglich, deshalb komme den öffentlichen Interessen am Strafvollzug im Allgemeinen, an der Gleichheit des Vollzugs für alle Gefangenen im Besonderen, sowie der Verpflichtung des Staates, die Gesundheit und das Leben des Gefangenen zu schützen grosses Gewicht zu¹⁸⁷. Nach einer eingehenden Auseinandersetzung mit internationalen und nationalen Normen und Rechtsprechung zum Thema kam das Bundesgericht zum Schluss, dass eine unter würdigen Bedingungen durchgeführte Zwangsernährung unter Berücksichtigung der gewichtigen öffentlichen Interessen für den Gefangenen zumutbar sei¹⁸⁸.

Im Lichte des Selbstbestimmungsrechts kann festgestellt werden, dass die Zwangsernährung zwar einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit

¹⁸³ Vgl. den Sachverhalt in BGE 136 IV 97.

¹⁸⁴ Vgl. ausführlich zum Sachverhalt TAG, Hungerstreik, 23 ff.

¹⁸⁵ GRAVIER/WOLFF/SPRUMONT/RICOU/KIND et al., 1523.

¹⁸⁶ BGE 136 IV 97 E. 5.1, 101 ff.

¹⁸⁷ BGE 136 IV 97 E. 5.2, 103 ff.

¹⁸⁸ BGE 136 IV 97 E. 6, 106 ff., E. 6.3.3, 116.

darstellt, vergleichbar mit der Zwangsbehandlung. Da wie dargelegt aber weder das Selbstbestimmungsrecht als Gesamtes, noch die einzelnen Selbstbestimmungsfähigkeiten einen Grundrechtskerngehalt bilden, können sie eingeschränkt werden¹⁸⁹. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid das Selbstbestimmungsrecht ausschliesslich auf die Meinungsäusserungsfreiheit des Hungerstreikenden bezogen. Eigentlich ist aber auch das Selbstbestimmungsrecht hinsichtlich der Wahl von Art und Zeitpunkt seines Todes betroffen. Dieses Recht ist vom Bundesgericht bereits einmal als «Recht auf den eigenen Tod» bezeichnet worden¹⁹⁰. Die Vorstellung eines derartigen Rechts klingt auch an, wenn die Ärzte sich weigern, einen Strafgefangenen unter Zwang zu ernähren¹⁹¹. Aus ärztlicher Sicht lautet die Frage nämlich «Kann man – oder muss man – eine inhaftierte Person medizinisch anders als einen freien Bürger behandeln?»¹⁹². Die Ärzte haben sich mit einem Nein entschieden und nehmen damit den Tod der Person in Kauf. Ihre dezidierte Haltung stützt sich auf die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften¹⁹³, sowie auf die Deklaration des Weltärztebundes von Malta¹⁹⁴. Zudem ist jede Handlung moralisch zulässig, wenn sie Ausdruck der Selbstbestimmung ist, also eine autonome Handlung darstellt¹⁹⁵. Das Bundesgericht hat sich zu einem Ja entschieden, denn es verpflichtet die Ärzte, das Leben der Person mit einer Zwangsernährung zu erhalten, weil es letztlich den Tod der Person nicht in Kauf nehmen will.

¹⁸⁹ Vgl. Pt. 4.

¹⁹⁰ BGE 133 I 58 E. 6.2.1, 67.

¹⁹¹ Vgl. exemplarisch GRAVIER/WOLFF/SPRUMONT/RICOU/KIND et al., *passim*.

¹⁹² GRAVIER/WOLFF/SPRUMONT/RICOU/KIND et al., 1521; die Autoren stellen auch fest, dass die Patientenverfügung von Bernard Rappaz in regelmässigen Einzelgesprächen immer wieder bestätigt worden ist, 1523.

¹⁹³ SAMW, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, genehmigt vom Senat der SAMW am 28. November 2002, abrufbar unter <www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html> (letztmals besucht am 26.10.2012).

¹⁹⁴ WMA, Declaration of Malta on Hunger Strikers vom 13.10.2006, abrufbar unter <www.wma.net/en/30publications/10policies/h31/index.html> (letztmals besucht am 26.10.2012).

¹⁹⁵ RIPPE/SCHWARZENEGGER/BOSSHARD/KIESEWETTER, 59.

Abgesehen davon, dass der Aufenthalt in einer Strafanstalt nicht mit den Lebensbedingungen eines freien Bürgers gleichgesetzt werden kann, genau diese Bedingungen aber einen entscheidenden Einfluss auf die freie Willensbildung ausüben¹⁹⁶, ist die Frage zurzeit nicht entscheidungsreif. Denn welcher gesellschaftliche Konsens über die Frage des selbstbestimmten Todes heute vorherrscht, ob also die Gesellschaft im vorliegenden Fall bereit wäre, den Strafgefangenen verhungern zu lassen, ist n.M.d.A. nicht klar.

7.3 Schutzbedarf von Dritten

In einem kürzlich ergangenen Entscheid hatte das Bundesgericht über die Rechtmässigkeit der Einweisung eines 22-jährigen Delinquenten in eine Jugendvollzugsanstalt mittels fürsorgerischem Freiheitsentzugs zu befinden. Der Mann hatte eine Strafe wegen Vergewaltigung und Mord abgesessen. Die Ärzte diagnostizierten bei ihm eine schwergradige Störung des Sozialverhaltens, Sadomasochismus, Persönlichkeitsstörungen vom antisozialen Typ mit deutlichen psychopathischen Anteilen, eine schwere Paraphilie im Sinne eines sexuellen Sadismus sowie Cannabis- und Alkoholmissbrauch¹⁹⁷. Das Gericht anerkannte diese Diagnosen als Geisteskrankheit und befand, dass aufgrund der hohen Rückfallgefahr, die der Mann selber mit ungefähr 40% bezeichnete, die Einweisung gerechtfertigt sei. «Da ausgewiesenermassen weiterhin eine vom Beschwerdeführer ausgehende hohe Gefahr für eine Straftat gegen Leib und Leben besteht, ist es nicht in seinem Interesse, ihn ohne psychiatrische Behandlung seinem Schicksal zu überlassen. Insoweit ist demnach ein Fürsorgebedarf in Form der Behandlung der Geisteskrankheit gegeben»¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Der Hungerstreik richtet sich ja gegen diese Bedingungen, beziehungsweise gegen die Haft, vgl. TAG, Hungerstreik, 23.

¹⁹⁷ BGE 5A_607/2012 vom 5. September 2012 (zur Publikation vorgesehen).

¹⁹⁸ BGE 5A_607/2012 vom 5. September 2012 E. 5.2 (zur Publikation vorgesehen).

Der Mann hat mit 22 Jahren das Alter erreicht, in welchem alle Massnahmen enden (Art. 19 Abs. 2 Jugendstrafgesetz¹⁹⁹). Die Diagnose und die Prognose der Verhaltensstörungen hat die Jugendanwaltschaft bewogen, vormundschaftliche Massnahmen zu beantragen (Art. 19 Abs. 3 Jugendstrafgesetz), worauf das Bezirksamt die fürsorgerische Freiheitsentziehung verfügt hat. Es wies den Mann in den Sicherheitstrakt der Jugendvollzugsanstalt ein. Gegen diese Verfügung erhob er Beschwerde und machte geltend, dass er selber für sich sorgen könne und keinen Schwächezustand aufweise, der einen fürsorgerischen Freiheitsentzug rechtfertige²⁰⁰. Tatsächlich hatte die Vorinstanz argumentiert, die Allgemeinheit müsse aufgrund der hohen Rückfallgefahr vor dem Mann geschützt werden. Zudem wird der Mann als relativ therapieresistent bezeichnet, was eine Besserung seines Zustandes erst in fünf bis zwölf Jahren erwarten lasse. Diese Feststellung beruhe indes auf Spekulationen, wie das Gericht feststellte²⁰¹.

Mit der Einweisung in den Sicherheitstrakt einer Jugendvollzugsanstalt wird die Bewegungsfreiheit, beziehungsweise die selbstbestimmte Bewegung und Aufenthalt, stark eingeschränkt, was gemäss Art. 36 Abs. 1 BV eine formell gesetzliche Grundlage erfordert. Da die Massnahmen nach dem 22. Altersjahr nur auf «zivilrechtlicher Grundlage fortgeführt werden können»²⁰², hat die Vormundschaftsbehörde die fürsorgerische Freiheitsentziehung verfügt. Deren Zweck dient der persönlichen Fürsorge, die auf eine Wiedererlangung der Selbständigkeit und Eigenverantwortung ausgerichtet ist²⁰³. In den mannigfaltigen Diagnosen erblickte das Bundesgericht einen Schwächezustand; diese allein rechtfertigen allerdings noch keinen fürsorgerischen Frei-

¹⁹⁹ SR 311.1.

²⁰⁰ Vgl. Art. 397a Abs. 1 ZGB.

²⁰¹ BGE 5A_607/2012 vom 5. September 2012 E. 7-7.2 (zur Publikation vorgesehen).

²⁰² Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zur einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 1979 ff., 2242.

²⁰³ Vgl. BaK-ZGB I GEISER, N 9 vor Art. 397a-f ZGB.

heitsentzug und auch keine fürsorgerische Unterbringung²⁰⁴. Erforderlich ist zusätzlich eine persönliche Schutzbedürftigkeit²⁰⁵, der mit der Unterbringung entsprochen werden soll. Das Bundesgericht stellt fest, dass der Schutz Dritter nicht Zweck des fürsorgerischen Freiheitsentzugs ist²⁰⁶, deshalb sucht es das persönliche Schutzbedürfnis des Mannes zu begründen. Damit bekundet es einige Mühe. Die Aussage jedenfalls, wonach persönlich schutzbedürftig ist, wer die Sicherheit anderer bedroht²⁰⁷, verkehrt in diesem Zusammenhang die Situation ins Gegenteil. Ob die fürsorgerische Unterbringung als gesetzliche Grundlage für solche Fälle tatsächlich geeignet ist, kann hier nicht weiter vertieft werden. Die «Fürsorge» gerät aber arg in die Nähe von «Strafe», wenn sie in einer Jugendvollzugsanstalt erbracht wird.

Allerdings kann von einem erheblichen öffentlichen Interesse an der Therapie des Mannes ausgegangen werden und Art. 19 Abs. 3 Jugendstrafgesetz sieht vormundschaftliche Massnahmen vor. Auch kann aufgrund der hohen Rückfallgefahr über das öffentliche Interesse hinaus das Schutzbedürfnis von Dritten geltend gemacht werden²⁰⁸.

8. Ergebnisse

Jeder Mensch ist Träger des Selbstbestimmungsrechts, dies gebietet die Menschenwürde. Die Rechtsträgerschaft stellt somit den Kerngehalt des Selbstbestimmungsrechts dar. Auch die behandelten Bundesgerichtsentscheide zeigen, dass es ausser Art. 16 UNO Pakt II keinen Kerngehalt gibt, so dass eine Abwägung nach Art. 36 BV nötig ist.

Abzugrenzen ist die Rechtsträgerschaft somit von der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts. Einerseits kann die Ausübung des Selbstbestimmungs-

²⁰⁴ Vgl. Art. 426 ZGB; GEISER/ETZENSBERGER, BaK-Erwachsenenschutz, N 8 zu Art. 426 ZGB; HAUSHEER/GEISER/AEBI MÜLLER, N 2161.

²⁰⁵ BaK-ZGB I-GEISER, N 2 zu Art. 397a ZGB.

²⁰⁶ BGE 5A_607/2012 vom 5. September 2012 E. 3. (zur Publikation vorgesehen).

²⁰⁷ Vgl. BGE 5A_607/2012 vom 5. September 2012 E. 5.2. (zur Publikation vorgesehen).

²⁰⁸ BGE 130 I 16 E. 5.2, 20.

rechts unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden, andererseits können es urteilsunfähige Menschen aufgrund ihrer fehlenden Handlungsfähigkeit nicht uneingeschränkt ausüben. In Form von Veto- und Mitspracherechten – die beispielsweise durch eine Anhörung gewährleistet werden – können diese Menschen ihre Selbstbestimmungsrechte aber in beschränktem Masse wahrnehmen.

Dem Selbstbestimmungsrecht kommt in unserer Gesellschaft ein hoher Stellenwert zu. Die dargestellten Bundesgerichtsentscheide zeigen, dass eine zunehmende Tendenz besteht, dem Selbstbestimmungsrecht grössere Bedeutung beizumessen. Das hat Folgen für alle praktischen Lebenssituationen. Auch wenn aufgrund von Schwächezuständen (Art. 16 ZGB) die Vermutung besteht, dass eine Person nicht urteilsfähig sein könnte, so ist trotzdem primär von ihrer Urteilsfähigkeit auszugehen und die Urteilsunfähigkeit muss erst bewiesen werden. Diesem Vorgehen ist das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur Zwangsmedikation gefolgt und es kommt heute bezüglich der medizinischen Behandlung von Menschen mit psychischen Störungen in Art. 433 f. ZGB zum Ausdruck. Nur bei offensichtlicher Urteilsunfähigkeit kann von diesem Grundsatz abgewichen werden. Dass infolge politischer Urteilsunfähigkeit Menschen bis zum 18. Altersjahr sowie Menschen, die unter umfassender Beistandschaft (Art. 398 ZGB) stehen, kein Mitspracherecht in politischen Entscheidungsprozessen eingeräumt wird, mutet vor diesem Hintergrund nicht mehr zeitgemäss an.

aus: Frank Th. Petermann (Hrsg.), *Urteilsfähigkeit*, Referate der Tagung vom 31. Oktober in Zürich, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Band 90, St. Gallen 2014.